

Sygn. akt KIO/UZP 1107/09

WYROK

z dnia 14 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mirosław Stolarczyk Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, 40-042 Katowice, ul. Wita Stwosza 36** protestu z dnia 13 lipca 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, 40-042 Katowice, ul. Wita Stwosza 36** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mirosława Stolarczyka Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote) przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, 40-042 Katowice, ul. Wita Stwosza 36** na rzecz **Mirosław Stolarczyk Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mirosław Stolarczyk Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup 2 samochodów z drabiną automatyczną o wysokości ratowniczej 37m (SD 37)*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 1 lipca 2009 roku pod numerem 2009/S 123-179424.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia opublikowana została na stronie Zamawiającego dnia 2 lipca 2009 roku.

Dnia 13 lipca 2009 roku wykonawca Mirosław Stolarczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe z siedzibą w Kielcach (zwany dalej Odwołującym) wniósł protest wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszających przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wnosząc o zmianę s.i.w.z. w zakresie podniesionym w proteście i usunięcie postanowień ograniczających konkurencję i uniemożliwiających Odwołującemu złożenie oferty lub dyskryminujące Odwołującego w inny sposób.

Uzasadniając wskazał na następujące parametry techniczne, które jego zdaniem uzasadniały wniesienie środka ochrony prawnej:

- 1) punkt 1.3 załącznika nr 6 do s.i.w.z. - „*Podwozie samochodu z silnikiem o zapłonie samoczynnym spełniającym obowiązujące w dniu odbioru normy emisji spalin (min. EURO 5) [...]*”. Zdaniem Odwołującego zgodnie z obowiązującym prawem na dzień ogłoszenia, producenci podwozi mają prawo do ich produkcji z normą czystości spalin EURO 4 do października 2009 r. Ponadto sposób przyznawania punktów w zakresie oceny technicznej faworyzuje jednego z wykonawców i oferowany przez niego samochód, nie pozwalając na przyznanie dodatkowych punktów samochodowi oferowanemu przez Odwołującego,
- 2) punkt 1.19 załącznika nr 6 do s.i.w.z. – „*Maksymalna wysokość całkowita pojazdu gotowego do jazdy do 3 500 mm. Maksymalna długość całkowita pojazdu do 10 000*”

mm. [...]”. Zdaniem Odwołującego dodatkowe punktowanie za obniżenie wysokości transportowej nie jest uzasadnione i w konsekwencji zmierza do nadania przewagi punktowej konkurencyjnemu wykonawcy. Również określenie długości całkowitej pojazdu na maksymalnie 10 metrów, podczas gdy przepisy rozporządzenia MSWiA z dnia 20 czerwca 2007 roku w sprawie wymagań techniczno-użytkowych dla wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia [...] dopuszczają długość 11 metrów, nie jest czymkolwiek uzasadnione, a w konsekwencji zmierza do uniemożliwienia złożenia oferty Odwołującemu,

- 3) punkt 4.4 załącznika nr 6 do s.i.w.z. – *„Cztery hydraulicznie wysuwane podpory boczne stabilizacyjne [...]. Punktacja, podpory wysuwane skośnie otrzymują 20 pkt. Podpory wysuwane poziomo lub inne rozwiązania otrzymują 0 pkt lecz nie eliminują oferty. [...].”.* Zdaniem Odwołującego nie ma logicznego i technicznego uzasadnienia, dlaczego akurat podpory wysuwane skośnie są dla Zamawiającego tak istotne, że inne rozwiązania nie są punktowane. W rzeczywistości możliwości techniczne podpór oferowanych przez Odwołującego są znacznie większe, tj. mają możliwość pokonywania nierówności terenu czy różnego rodzaju przeszkód takich jak krawężników, schodów nasypów, pochyłości terenu. Niwelując je za pomocą oferowanego systemu nawet do kilkudziesięciu centymetrów umożliwia pracę drabiny,
- 4) punkt 4.6 załącznika nr 6 do s.i.w.z. – *„Podać maksymalną możliwa ilość punktów podparcia pojazdu w czasie pracy drabiny. [...]. Punktacja za zwiększenie ilości punktów podparcia: 6 punktów podparcia – 10 pkt, 8 punktów podparcia 20 pkt. Większa ilość punktów podparcia nie eliminuje oferty lecz nie powoduje przyznania jej więcej punktów. [...].”.* Zdaniem Odwołującego punktowanie tak opisanego parametru nie jest uzasadnione obowiązującymi przepisami, ani potrzebami Zamawiającego. Wyższa ocena za 8 punktów podparcia nie ma żadnego technicznego i logicznego uzasadnienia,
- 5) punkt 4.7 załącznika nr 6 do s.i.w.z. – *„Zapewnione korygowanie nierówności terenu we wszystkich kierunkach w zakresie do 10⁰.”* Zdaniem Odwołującego takie opisanie parametru uniemożliwia złożenie oferty proponującej lepsze rozwiązanie i w konsekwencji zmierza do uniemożliwienia uczestnictwa w postępowaniu,
- 6) punkt 7.1 załącznika nr 6 do s.i.w.z. – *„Drabina wyposażona w automatyczny system tłumienia wahań przeseł przy gwałtownych zmianach obciążenia kosza (drabiny) oraz nagłych podmuchach wiatru. Posiadanie automatycznego systemu – 20 pkt., brak systemu 0 pkt., lecz nie eliminuje oferty. [...].”.* Odwołujący w swoim produkcie

oferuje technologię wykonania pręseł drabiny gwarantującą pełną stabilność podczas pracy w niekorzystnych warunkach atmosferycznych bez konieczności stosowania dodatkowych systemów. Rozwiązanie promowane przez Zamawiającego jak i proponowane przez Odwołującego spełniają wymogi bezpieczeństwa. Jedyna różnica polega na tym, że drabina oferowana przez konkurencję bez tego systemu byłaby niestabilna i zagrażałaby bezpieczeństwu użytkownika, natomiast drabina oferowana przez Odwołującego ze względu na lepszą technologię wykonania pręseł nie musi być wyposażona w dodatkowe systemy zabezpieczeń,

- 7) punkt 7.2 załącznika nr 6 do s.i.w.z. – „*W przypadku awarii układu elektrycznego możliwość wypoziomowania kosza z wnętrza kosza w trybie awaryjnym. [...].*” Przewidziany sposób punktowania tak opisanego parametru, zdaniem Odwołującego jest niezgodny z obowiązującym rozporządzeniem MSWiA z 20 czerwca 2007 r. i nieuzasadnione, a w konsekwencji świadczy o faworyzowaniu konkurencyjnego wykonawcy.

Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2009 roku (przekazanym Odwołującemu przesyłką pocztową w dniu 24 lipca 2009 roku) protest rozstrzygnął w ten sposób, iż oddalił zarzuty dotyczące punktów 1.3, 1.19, 4.4, 4.6, 7.1 i 7.2 załącznika nr 6 do s.i.w.z. oraz uznał protest w zakresie zarzutu dotyczącego punktu 4.7 załącznika nr 6 do s.i.w.z. postanawiając nadać temu punktowi nowe brzmienie w treści: „*4.7. Zapewnione korygowanie nierówności terenu we wszystkich kierunkach w zakresie minimum 10⁰.*”.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 30 lipca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, uwzględniając cały materiał dowodowy zgłoszony w postępowaniu, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż Zamawiający nie miał prawa do modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie obejmującym uwzględnienie protestu, gdyż zgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Tym samym Zamawiający uwzględniając tylko jedno żądanie, dokonał czynności nieuprawnionej ustawowo, polegającej na modyfikacji s.i.w.z. w wymaganym zakresie przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu – przed dniem wydania wyroku przez Izbę (art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Niemniej jednak w wyniku podtrzymania przez Zamawiającego takiego rozstrzygnięcia – uwzględniającego żądanie Odwołującego – Izba uznała ten zarzut za potwierdzony.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, w wyniku przeprowadzonej rozprawy nie uwzględnił zarzutów dotyczących punktów 1.3, 1.19, 4.6 oraz 7.2 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się w bezpośrednio do ww. rozstrzygnięcia Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie punktów 1.3 i 4.6 załącznika nr 6 do s.i.w.z. Odwołujący zarówno w proteście jak i odwołaniu wskazywał na możliwość zaoferowania przedmiotu oferty w zakresie spełniającym wymagania Zamawiającego. Dodatkowo o możliwości zaoferowania pojazdu spełniającego wymogi EURO 5 poświadczył dowód w postaci kopii oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku (oferta z dnia 8.06.2009 r.).

Oдноśnie zarzutu dotyczącego punktu 1.19 załącznika nr 6 do s.i.w.z. Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego za wiarygodne w zakresie konieczności zaoferowania przez wykonawców pojazdów o długości nieprzekraczającej 10 metrów, z uwagi na wymogi lokalowe, jakimi dysponują bezpośredni użytkownicy pojazdów – garaże, w których będą parkowały pojazdy uniemożliwiają ich parkowanie w przypadku pojazdów przekraczających 10 metrów. Dowodem na tą okoliczność są pisma Miejskich Komendantów Państwowej

Straży Pożarnej w Chorzowie (z dnia 2 czerwca 2009 roku) oraz Dąbrowy Górniczej (z dnia 26 maja 2009 roku). W zakresie zaś wysokości pojazdu i określonej przez Zamawiającego punktacji za obniżenie tej wysokości za każde 50 mm – 3 pkt, nie więcej niż 15 pkt, Izba uznała, iż zakres możliwej do uzyskania w tym parametrze liczby punktów nie ogranicza konkurencji oraz nie uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty. Kryterium jest jasno i czytelnie opisane, nie naruszające przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 7.2 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, iż parametr ten nie dyskwalifikuje możliwości złożenia oferty przez Odwołujący, czym nie mógł zostać naruszony przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby parametr ten został również opisany w sposób nienaruszający przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uzasadniając na rozprawie sposób punktacji w sposób dostateczny przekonał Izbę o konieczności przyznania 15 punktów za możliwość wypoziomowania kosza z jego wnętrza w trybie awaryjnym. Decydującą w tym zakresie była argumentacja Zamawiającego dotycząca sytuacji znacznego zadymienia w czasie prowadzenia akcji, gdzie strażak operujący drabiną nie będzie posiadał dostatecznej widoczności z dołu umożliwiającej mu wypoziomowanie kosza w sposób bezpieczny dla jego pasażerów. Niezasadnym było również stawianie zarzutu dotyczącego palności oleju hydraulicznego umiejscowionego w dnie kosza, gdyż gdyby istniało takie niebezpieczeństwo pojazd i jego drabina nie zostałyby dopuszczone do użytkowania.

Izba uznała za zasadne zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie parametrów z punktów 4.4 oraz 7.1 załącznika nr 6 do s.i.w.z.

W powyższym zakresie zdaniem Izby Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nieuzasadnionym działaniem, poprzez przyznanie punktacji, ograniczył możliwość zaoferowania rozwiązań spełniających jego wymogi, jednakże w sposób odmienny, przez co punktacja za te parametry byłaby w sposób nieuzasadniony obniżona. W punkcie 4.4 punktacja przyznawana miała być za rozwiązanie dotyczące podpór wysuwanych skośnie – 20 pkt. Za inne rozwiązania punktacja wynosiła 0. Zamawiający, na rozprawie nie udowodnił w sposób dostateczny udogodnień czy też potrzeb uzasadniających taki sposób punktacji. To Odwołujący, swoją argumentacją zaprezentowaną zarówno w proteście, odwołaniu jak i na rozprawie przekonał skład orzekający o korzyściach wynikających z rozwiązania zaproponowanego przez Odwołującego.

W zakresie zaś punktu 7.1 Izba również przyznała rację Odwołującemu wskazując, iż nie jest możliwym, zgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, premiowanie rozwiązań dodatkowych, gdzie inny wykonawca takie rozwiązanie oferuje w standardzie. Takie rozwiązanie przeczy zasadom określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby, przy określaniu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza przy jego precyzyjnym opisie Zamawiający winien wykazać jak największą czujność, gwarantująca mu osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć, jednakże przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. W omawianym przypadku cel, jaki zamierzał osiągnąć Zamawiający to tłumienie wahań pręseł przy gwałtownych zmianach obciążenia kosza (drabiny) oraz nagłych podmuchach wiatru. Każdy z wykonawców osiągnięcie zamierzonego rezultatu preferuje w sposób odmienny. W przypadku firmy konkurencyjnej jest to automatyczny system tłumienia wahań (jako rozwiązanie dodatkowe do drabiny), Odwołujący zaś ten sam efekt osiąga poprzez zastosowanie innej technologii wykonania pręseł drabiny (nie wymagającej dodatkowych rozwiązań technicznych).

Dlatego też, mając na względzie zachowanie zasady uczciwej konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie punktów 4.4, 4.7 oraz 7.1 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniami Odwołującego.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....